



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Mariano Croce

**Istituire il sociale:
Santi Romano e Karl Llewellyn
sulla tecnica del diritto**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007
Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Istituire il sociale: Santi Romano e Karl Llewellyn sulla tecnica del diritto

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il prospettivismo di Romano – 3. Il pragmatismo di Llewellyn – 4. Conclusione

1. Introduzione

Nell'alveo della teoria del diritto novecentesca, l'istituzionalismo classico è uno dei tentativi più riusciti di rinvenire l'origine della normatività nella continuità delle pratiche sociali, proprio là dove sembra più difficile individuare quel 'crescendo' che separa la sfera sociale da quella giuridica. Per gli alferi dell'istituzionalismo, il 'normativo' è il luogo di produzione di indirizzi pratici che non si lasciano sistematizzare in giuridici e non-giuridici in base a proprietà intrinseche: nessuna delle caratteristiche proprie di una regola o di un modello di condotta riesce a determinarne l'appartenenza all'ambito del diritto rispetto alle regole e ai modelli di altri ambiti. Neppure, va da sé, la caratteristica relativa all'origine o alla fonte. In tal senso, l'istituzionalismo classico destituisce in partenza l'ipotesi stato-centrica secondo cui sarebbe l'attività dello Stato a marcare la linea di confine tra quanto rientra nel sociale e ciò che invece è prettamente giuridico: una simile ipotesi, in ottica istituzionalista, non sarebbe che il frutto di una scelta ideologica, che riserverebbe a una sola fonte la facoltà di produrre contenuti giuridici. I teorici dell'istituzionalismo sono ben consci della storicità di una forma di organizzazione politica, come quella statale, che ha conquistato il monopolio del giuridico in tempi recenti rispetto alla storia millenaria del diritto – monopolio, peraltro, da sempre sotto assedio. Il problema cruciale dell'istituzionalismo giuridico rimane quindi la determinazione della rottura del continuo: nella serie intricata e contigua di contesti

normativi di cui è trapunto il mondo sociale, come si individuano le norme e gli indirizzi pratici che possono affermarsi come validi per tutti e che quindi possono definirsi propriamente ‘giuridici’?

Insomma, se la scelta di ‘radere al suolo’ l’edificio stato-centrico ottocentesco e di non assumere come premessa alcuna previa gerarchizzazione del normativo permette di avviare daccapo l’indagine sul giuridico, essa però porta con sé il compito nient’affatto semplice di dover discriminare tra ciò che non è discriminabile. Nessuno dei teorici dell’istituzionalismo, infatti, ha mai abbracciato la conclusione radicale secondo cui il giuridico non è che il frutto di una proiezione teorica, o peggio, ideologica, e che il giurista dovrebbe rinunciare alla ricerca di un qualche criterio distintivo; né alcuno di essi ha mai fatto proprio quel realismo ingenuo per cui il diritto non sarebbe altro che quanto viene imposto con la forza da un qualche potere sociale. Ciascun sostenitore dell’istituzionalismo giuridico tenterà a suo modo di giungere a un criterio, certo flessibile e mai univoco, per ricavare, nella sequenza caotica del normativo, le norme e gli indirizzi pratici che possono essere intesi come propriamente giuridici. In questo contributo, guarderò specificamente ai tentativi di Santi Romano e Karl Llewellyn nel loro sforzo di coraggioso equilibrismo tra l’inclinazione genuinamente pluralista e la necessità di individuare strumenti teorici per determinare i confini del giuridico. Entrambi, certo, prendono le distanze da quella «trasformazione dei concetti giuridici in dogmi», come scrive Widar Cesarini Sforza, che deriva dalla volontà ingiustificata di conferire «un carattere di supremazia ai prodotti della» volontà normativa dello Stato¹. Eppure, come sosterrò via via, la radicalità del loro scostamento rispetto alle teorie positiviste e normativiste non si misura tanto in questa sorta di cliché critico-decostruttivo, quanto nella tesi, ben più onerosa, secondo cui, sempre con le parole di Cesarini Sforza, «la società umana è un’astrazione, alla quale corrisponde, in concreto, un’infinita serie di

¹ W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2018, 18. Quello di ‘rapporto giuridico’, va da sé, è concetto di Cesari Sforza che Romano rigetta e che forse potrebbe trovare più calda ospitalità nella teoria di Llewellyn. Ma non posso soffermarmi sul tema in questo contributo.

organizzazioni aventi diversissimi scopi e diversissime forme, coordinate tra loro mediante relazioni di gerarchia o di contiguità; ed ogni organizzazione, od ogni gruppo coordina to di organizzazioni, costituisce un sistema organico – ossia un ordinamento – di rapporti giuridici»².

Nei prossimi paragrafi mi soffermerò in primo luogo sugli argomenti e sugli strumenti teorici mediante cui Romano e Llewellyn giungono alla loro concezione pluralista del sociale e quindi al modo in cui essi tentano una conciliazione del pluralismo con la spiccata e mai sottaciuta inclinazione a considerare il sapere giuridico come quel sapere che meglio di altri consente di ottenere un alto grado di componibilità tra l'«infinita serie di organizzazioni aventi diversissimi scopi e diversissime forme». Non si tratta, come argomenterò, di una conciliazione tra metodologie distinte: quella analitico-concettuale, che guarda agli aspetti formali e positivi, e quella sociologica, che esalta invece gli elementi materiali cui l'analisi concettuale è per sua natura miope. Si tratta piuttosto di una radicale e innovativa ontologia sociale – ovvero un'analisi delle componenti che costituiscono il sociale e delle condizioni che lo rendono possibile – utile alla tutt'altro che umile impresa di mostrare come la congerie di processi istituenti, dotati di gradi variabili di autonomia, possa contare su margini più o meno ampi di componibilità solo in forza dell'attività insostituibile dei giuristi.

2. *Il prospettivismo di Romano*

Benché sulla scia di dibattiti ventennali sempre vivi, l'esegesi della teoria di Santi Romano è ancora ferma nelle secche di contrapposizioni interpretative che oppongono statalismo a pluralismo, positivismo a sociologismo. Chi è davvero l'autore de *L'ordinamento giuridico* nella sua manifesta fusione di istituzionalismo e pluralismo? Un giurista positivo che propugna la fede pluralista a meri fini teorici, per ritrovarsi poi in un saldo credo statalista quando si tratta di disegnare la gerarchia tra ordinamenti statali e nonstatali? Oppure uno studioso genuinamente e

² W. CESARINI SFORZA, *Il diritto*, cit., 36 s.

sconsideratamente pluralista, che fa da apripista per organizzazioni alternative del potere che potrebbero farsi veicolo di fini incompatibili con quelli della comunità statale? Un teorico del diritto pubblico sensibile ai fermenti di un sociale insofferente rispetto alle tendenze accentratrici dello Stato, che però alla fin fine offre un'idea del diritto come tecnica squisitamente formale? O un innovatore che fa ricorso alla forza giusgenerativa dell'effettività per un'indagine genealogica che rompe i protocolli dell'analisi concettuale e produce una commistione inservibile sia al giurista positivo sia al sociologo del diritto?³ Invero, questi nodi sono tutt'altro che eterogenei tra loro, dacché il punto di vista da cui il teorico cerca di rendere conto della realtà normativa non può non incidere sulla concezione dello Stato come vertice o meno della vita giuridica. Una possibile linea interpretativa – che chi scrive presto escluderà come poco sostenibile in base all'esegesi dei testi – potrebbe essere quella di un tentativo fallito: l'esorbitare dalla pura analisi concettuale del diritto per fare spazio alle forze che danno vita e vitalità alle forme giuridiche.

In tale ottica, la passione di Romano per il tema dell'organizzazione costituirebbe a un tempo una prova di infedeltà verso i canoni dell'analisi formale del diritto e la strada più sicura per liberarsi dal monismo delle teorie al tempo dominanti. Eppure, ad avviso di chi scrive, la prospettiva sociologica, quella cioè che guarda ai modi concreti in cui la normatività opera ed è messa in opera, non è la chiave del pluralismo romaniano. È noto, ad esempio, come l'approccio pluralista di Eugen Ehrlich abbracciasse le esigenze dell'effettività per mostrare come le regole delle varie associazioni sub-statali fossero ben più efficaci e capillari delle regole del diritto statale. L'intenzione del sociologo del diritto austriaco, quindi, era quella di mostrare come la capacità delle regole di ingranarsi nella vita e di procurarsi accettazione da parte dei loro destinatari fosse

³ Su questi temi tornano importanti lavori di una congerie di studiosi e studiosi, raccolti nei volumi che hanno fatto seguito alle celebrazioni del centenario de *L'ordinamento giuridico*, come *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, a cura di R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano, Napoli, 2019; *Santi Romano. L'ordinamento giuridico*, a cura di M. Mazzamuto, Napoli, 2020.

la condizione di fondo per una società ordinata. Come per Romano, anche per Ehrlich, in polemica con il positivismo kelseniano⁴, il diritto non era tanto coercizione, quanto forza ordinante, vale a dire regolazione quale condizione d'esistenza del gruppo sociale cui è sottesa, che non dipende dalla minaccia che l'accompagna o dalla sua esecuzione giudiziale. La pratica concreta costituisce l'ossatura dell'organizzazione sociale, che le leggi dello Stato colgono sempre solo in minima parte. Tuttavia, quella di Ehrlich è sì una prospettiva di pluralismo sociale, che non giunge però ad alcun pluralismo davvero giuridico, capace cioè di mettere in questione la preminenza normativa dello Stato. È ben possibile, infatti, che le regole sociali siano tanto più forti di quelle giuridiche ma che queste ultime rimangano gli unici strumenti che i funzionari dello Stato utilizzano per dirimere le controversie nei tribunali e per imporre le decisioni prese dai vari organi dell'apparato statale. Insomma, il potenziale organizzativo e ordinante di un ordinamento nonstatale, di per sé, dice assai poco a riguardo del suo posto nella gerarchia stato-centrica della normatività. In che modo Romano avrebbe potuto far leva sulla sociologia per forzare le maglie costrittive del monismo positivista?

Secondo alcuni interpreti, la pista sociologica è davvero quella più promettente, perché fa luce sul modo in cui Romano ha azzardato la contaminazione tra formalismo e interesse per le dinamiche materiali. In un recente contributo sul tema, Michele Cascavilla cerca di demarcare la linea di confine tra formalismo giuridico e interesse per la sociologia, al netto dei rilievi in cui il giurista palermitano prende distanze assai decise dal metodo sociologico. La stilla pluralista sarebbe quindi da rinvenirsi nella «capacità dimostrata da Romano di saper ricodificare sul piano della sua teoria giuridica la lettura di eventi storico-sociali che si andavano compiendo sotto i suoi occhi, *in primis*, come si diceva poc'anzi, la crisi

⁴ V.A. CARRINO, *Eugen Ehrlich e Hans Kelsen: una controversia sulla sociologia del diritto*, in *Institut de Ciències Polítiques i Socials. Working papers*, 79, 1993, 1 ss. Per una difesa intelligente del metodo sociologico di Ehrlich, v. M. HERTOIGH, *From 'men of files' to 'men of the senses': A Brief Characterization of Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, in *Living Law. Reconsidering Eugene Ehrlich*, a cura di M. Hertogh, Oxford-Portland, 2009, 9 ss.

dello Stato e l'emergere di corpi sociali intermedi portatori di valenze normative diverse da quelle statuali ma non meno legittime»⁵. Cascavilla riconosce che l'attenzione romaniana ai rapporti tra Stato e forze sociali «si iscrive nell'esigenza di una più adeguata teoria del diritto»⁶, e tuttavia individua delle tracce che riconducono il suo istituzionalismo nell'alveo della sociologia del diritto, e in specie tre: la definizione che viene data del diritto ne *L'ordinamento giuridico*⁷, la concezione del rapporto tra morale e diritto soprattutto in *Frammenti di un dizionario giuridico*⁸ e il tema del rapporto tra diritto e rivoluzione, sempre nel libro licenziato da Romano poco prima della morte. Mi soffermerò sulle prime due tracce, cui l'autore dedica considerazioni più ampie.

Circa la prima, Cascavilla evoca l'appello di Romano alla figura «dell'io sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, [...] data per l'appunto dal diritto». In tale ottica, quello del giurista siciliano sarebbe un richiamo forte e incondizionato alla 'sostanza' del diritto, cioè quella componente materiale che sfugge all'analisi formalistica ma che pure è condizione necessaria per il darsi concreto della realtà giuridica: un senso di collettività che si iscrive nel diritto e vi fa da anima vitale. Nondimeno, a me non pare che qui Romano voglia sostenere che a fondamento del diritto vi sia un senso previo di collettività, quanto l'opposto, cioè che il diritto è la condizione di possibilità del sociale organizzato, il quale ultimo non è che manifestazione del diritto. In effetti, se come Romano sottolinea a più riprese, non c'è un momento sociale che preceda il diritto (dato che diritto e società sono indistricabili), non è chiaro che tipo di socialità egli intenderebbe convocare col suo richiamo all'«io sociale». Assai più probabile, quindi, è che, al di là di ogni legittimo interesse sociologico, l'argomento di Romano voglia sottolineare che senza diritto non c'è socialità – e questo rientrerebbe appieno nei confini della teoria formale del diritto in modo

⁵ M. CASCAVILLA, *Santi Romano e la concezione sociologica del diritto*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2020, 1 ss., 15.

⁶ M. CASCAVILLA, *Santi Romano*, cit., 15.

⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018.

⁸ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019.

tale persino da ricondurre la sociologia nell'ambito della teoria della normatività giuridica. In tale ottica, quindi, più che di cenno di complicità con la sociologia, si tratta piuttosto dell'elogio del diritto oggettivo e impersonale, ossia di quella tecnica che consente di separare la continuità nel tempo di una pratica dalla contingenza di chi l'attua.

Anche a proposito del rapporto tra diritto e morale, la posizione di Romano non sembra tradire un cedimento alla sociologia, nel senso, indicato da Cascavilla, di un recupero sul piano pratico di ciò che viene escluso sul piano concettuale. Il ragionamento di Cascavilla si articola come segue: se il concetto di diritto difeso dal giurista palermitano esclude riferimenti di sorta alla morale – in maniera tale, aggiunge chi scrive, da coincidere con le posizioni del positivismo più esclusivista dei giorni nostri – sul piano pratico il diritto deve poter avere dei contenuti materiali che gli conferiscano sostanza. Eppure, il ragionamento di Romano a me pare diverso: il diritto è il fenomeno fondativo dell'organizzazione, che nella sua natura di processo può certo studiarsi in modo puramente formalistico, ma che nel concreto delle pratiche organizzative non può prescindere da contenuti sostantivi. In altre parole, non c'è alcuna distinzione tra forma e contenuto, se non nei termini astratti di un'analisi formale dei processi organizzativi. In effetti, se il ragionamento di Romano si fondasse su una distinzione tra concetto del diritto e contenuti della pratica giuridica, riemergerebbero annosi problemi relativi a cosa distingue il diritto dalla morale, in quale campo si situi quest'ultima, di quale istituzione sia manifestazione precipua, quale rapporto intrattenga con il diritto. La morale non è forse anch'essa una pratica che organizza condotte? Non è forse una pratica che conta su norme, principi, forme di persuasione e coartazione implicite ed esplicite? Possibile che la morale sia solo il contenuto sostantivo di altre pratiche organizzative? A giudizio di chi scrive, non può essere questa l'impostazione di Romano, che invece chiude la partita con questi problemi atavici del pensiero giuridico mediante una sorta di 'prospettivismo giuridico', che elimina alla radice il problema del rapporto tra diritto e morale.

In tal senso, è illuminante un rapido passaggio di *Frammenti*: «E anche ciò prova che concettualmente diritto e morale sono fenomeni che

possono venire fra di loro nei rapporti più svariati, ma conservano ognuno la propria essenza»⁹. In altri termini, si tratta di due ordinamenti che entrano in tipi d'interazione più o meno pronunciata, a seconda dei contesti. La morale, dunque, non è che una forma di organizzazione delle condotte, che produce contenuti che si integrano, in alcuni casi, o entrano in conflitto, in altri, ogniqualvolta le sue norme, i suoi principi e le sue tecniche coattive insistono sulle condotte che sono oggetto di regolazione giuridica. E qui ci si ritrova nel pantano del pangiuridicismo: perché non chiamare la morale 'diritto', allora? Perché si continua a riservare il termine a una specifica forma organizzativa? Per trovare una risposta capace di rendere giustizia allo sforzo di Romano, la mia ipotesi è che spesso si tende – e Romano stesso non è immune a questo vizio – a confondere un dato ordinamento con le tecniche che lo rendono tale: 'queste ultime sono il diritto', non già il primo. E in tal senso, perde del tutto di sostanza la contrapposizione tra formalismo e sociologismo, come quella tra statalismo e apertura alle forze non-statali. Il diritto, come dirò meglio poi, 'è una tecnica che può studiarsi da molti punti di vista', uno dei quali è quello giuridico – per Romano, quello che coglie meglio l'essenza della tecnica in questione. Provo ora a sviscerare tale ipotesi.

Il ragionamento di Romano è sofisticato, e parte sempre dalla premessa – architrave della sua strategia teorica – secondo cui il fenomeno giuridico è riducibile a quello organizzativo (e viceversa). Nel ribadire che il diritto è 'funzione', egli nega che per 'funzione giuridica' possa intendersi l'attuazione della giustizia o del diritto naturale da parte dello Stato. Storia che già conosciamo: il diritto non è in rapporto di dipendenza né di derivazione dalla morale. Ma qui è un altro l'aspetto che rileva. Il diritto, egli continua, è sempre «un ordinamento particolare e limitato, il che, fra l'altro, implica che sceglie gli interessi da prendere in considerazione e li sceglie per l'appunto con criteri che non si identificano con quell'idea [di giustizia]»¹⁰. Se ne induce che il diritto dello Stato 'opera per selezione', individua cioè elementi sostantivi,

⁹ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 99.

¹⁰ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 105.

provenienti da altre pratiche sociali organizzate, che riporta nella propria orbita e rende oggetto di speciale protezione. Sicché, a dispetto di ogni inclinazione pangiuridicista, esiste una differenza tra il diritto e le altre pratiche, compresa la morale. Ma se tale differenza non può consistere nella funzione organizzativa, che accomuna tutte le pratiche organizzate, in cosa risiede? Romano fa esplicito riferimento a un «carattere essenziale del diritto», che dovrebbe distinguerlo da altre attività pratiche:

Senonché, se si rimane sul terreno delle teorie semplicemente normative, non si riesce a specificare la differenza che distingue la funzione che il diritto esplica da quella o quelle analoghe esplicate da altre norme e, quindi, il carattere essenziale del diritto. Ogni categoria di norme, infatti, siano esse morali, economiche, o, se ancora altre se ne ammettono, di qualsivoglia natura, non hanno una funzionalità sostanzialmente diversa da quella delle norme giuridiche: donde l'inconsistenza di tutti i tentativi di definire, da questo punto di vista, il diritto¹¹.

Romano pasticcia, non c'è dubbio: prima riconduce tutte le istituzioni entro la categoria del diritto e poi si sforza di identificare il tratto che distingue il diritto dalle altre istituzioni. Eppure, una soluzione non del tutto aporetica ci viene fornita. Il diritto – questa la soluzione di Romano tradotta in un lessico poco romaniano – è una *tecnica che consente a qualsiasi pratica di procurarsi persistenza nel tempo*; una tecnica, cioè, che qualsiasi pratica può sviluppare e che dispiega un tipo particolare di sapere atto all'individuazione degli strumenti migliori per consentire alla pratica di durare nel tempo e di aggiornarsi in base alle esigenze contestuali:

Per definizione, la funzione di una istituzione non può essere che giuridica ed una funzione giuridica non può non essere istituzionale. Si raggiunge così un punto di vista che è il più decisivo, anzi l'unico dal quale si possa scorgere il carattere specifico del diritto [...]. Questa, infatti, non si potrebbe più compiutamente definire che mettendola in relazione con la struttura del corpo che l'esplica, se è vero che funzione, organo, o, più comprensivamente

¹¹ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 109.

parlando, organizzazione sono termini correlativi che si presuppongono a vicenda e si chiariscono l'uno con l'altro. [...] Tutte queste funzioni particolari non sono che aspetti della funzione unica dello Stato, come di ogni altra istituzione in cui esse possono pure ravvisarsi con figure più o meno sviluppate e talvolta solo embrionali, a seconda della maggiore o minore loro complessità¹².

A dispetto di ogni accusa di oscurità, Romano in questo passaggio è molto chiaro: la funzione giuridica è rinvenibile in «figure più o meno sviluppate», «talvolta solo embrionali», che in un dato contesto organizzato, dipendentemente dal grado di complessità di questo, svolgono un'attività specifica – attività consistente nel fissare «i vari elementi di un ente, la posizione e la funzione di essi, nonché della unità che ne risulta, subordinandoli all'ente del quale vengono a far parte». Alla luce di ciò, sarebbe un errore confondere un corpo organizzato con il suo diritto interno, il quale ultimo consiste in una *funzione tecnica* tesa a individuare gli elementi che puntellano la vita del corpo in cui essa si svolge e che viene affidata a un organo a essa specificamente deputato. Del pari, sarebbe un errore ravvisare una qualche competizione o conflittualità tra analisi concettual-formale e analisi sociologica. Il diritto è un processo di base che interessa qualsiasi entità collettiva intenta a strutturarsi e dotarsi di stabilità nel tempo. Diritto e sociologia, assieme a molte altre aree di studio con i loro specifici approcci metodologici, possono dedicarsi allo studio di questa funzione di base che è il processo istituzionale, ma detta funzione rimane un fenomeno così fondamentale che non può assegnarsi a questo o a quell'ambito. Quale studioso del diritto e funzionario dello Stato, Romano si preoccupa piuttosto che il diritto dismetta strumenti concettuali che limitano la portata dell'analisi del diritto pubblico, come l'interesse esclusivo per la norma o per la forza coercitiva dell'apparato pubblico.

Ne emerge un'idea molto accattivante di diritto come pratica ricognitiva e selettiva a un tempo, oltreché suscettibile di diversi gradi di specializzazione. Una pratica 'interna' alle pratiche cui presiede, una

¹² S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 110.

sorta di meta-pratica, dunque, che ha il compito di identificare i tratti sostantivi della pratica perché possano consolidarsi e rendersi indipendenti dai suoi membri – un processo, come ho argomentato altrove¹³, nel senso che il diritto è il movimento di ricognizione e selezione, più che gli esiti di tale movimento.

3. *Il pragmatismo di Llewellyn*

Questa interpretazione del pensiero di Romano lo avvicina a quello di Karl Llewellyn, che ha articolato in modo assai più esplicito una concezione non dissimile della funzione giuridica proprio negli scritti in cui, a partire dai tardi anni Trenta, mette a tema il rapporto tra diritto e scienze sociali¹⁴. Come nel caso di Romano, benché con un'attitudine di curiosità e convinto desiderio di contaminazione, che lo spingono a sottolineare la necessità di un approccio sincretista alla normatività, il giurista statunitense enfatizza quei caratteri tipici del diritto che lo distinguono da altre pratiche normative:

Metto quindi 'giuridico' tra virgolette, e lo lascio così, allorché mi riferisco a quell'aspetto della vita, dei problemi e del comportamento degli uomini entro gruppi che si contrappone all'economico o al religioso o al ricreativo. Utilizzo la maiuscola, Giuridico, quando mi riferisco al contenuto o al sistema o alle specifiche conseguenze delle nostre somme Regole del Diritto¹⁵.

Come per Romano, quindi, al netto di un'inequivoca adesione al pluralismo, per Llewellyn il giuridico, che persino si procura delle virgolette, rimane qualcosa di specifico e distinto dall'organizzazione in

¹³ V. M. CROCE, *Che cos'è l'istituzionalismo politico? Una visione processuale*, in *Politica & Società*, 2, 2020, 209-229.

¹⁴ Ho difeso questa tesi in M. CROCE, *Dentro la contingenza. Santi Romano e Karl Llewellyn sui modi dell'istituzione*, in *QF*, 50, 2021, 181 ss. In parte, il presente paragrafo è una sintetica rielaborazione del mio saggio *Per una etnografia del giuridico. L'istituzionalismo pragmatista di Llewellyn*, in K.N. LLEWELLYN, *Il normativo, il giuridico e i compiti del diritto. Il problema del metodo giuridico*, trad. it. a mia cura, Macerata, 2021, 121 ss.

¹⁵ K.N. LLEWELLYN, *Il normativo*, cit., 24.

cui si esplica. Esso, infatti, è presente in ogni gruppo che superi il momento effimero dell'azione singola quale serie di 'compiti' che vanno assolti per garantire persistenza a un gruppo. Il giuridico, quindi, costituisce un sotto-ambito specialistico (benché non necessariamente specializzato) del bagaglio pratico di qualsiasi gruppo – là dove per 'specialistico' deve leggersi 'deputato a specifiche funzioni', quelle cioè che rispondono all'esigenza vitale di risolvere le contese evitando il ricorso alla forza. Di contro, il Giuridico presenta una specificità particolare, extra-gruppo, che lo colloca nella sfera di un ente più comprensivo. Ma come si spiega questo passaggio, che il salto grafico dalla minuscola alla maiuscola rende persino meno decifrabile? La risposta a questa domanda richiede qualche passo nel complesso quadro llewellyniano.

La teoria di Llewellyn può leggersi come uno studio socio-giuridico di quel fenomeno fondamentale che è l' 'esser gruppo' di un gruppo: il diritto non è che la complessa pratica organizzativa con cui un gruppo dispone e svolge i 'compiti del diritto'¹⁶. A loro volta, questi compiti non sono che una serie di funzioni fondamentali, assolvendo le quali un qualsiasi gruppo di individui, coinvolti in una pratica comune, fa sì che quella pratica si perpetui nel tempo e non conflagri per l'insorgere di conflitti interni o per il prodursi di spinte centrifughe. E benché Llewellyn si sia sempre dichiarato refrattario al tentativo di definire il diritto, la teoria appena esposta non contraddice un tale precetto metodologico, perché l'immagine del diritto che ne esce è quella di una dinamica diffusa e proteiforme, che prende diverse conformazioni in diversi contesti geo-storici e/o entro diversi gruppi di diverse dimensioni, le cui direttrici possono variare ampiamente da quelle prese

¹⁶ In estrema sintesi, a mo' di elenco, i compiti del diritto sono i seguenti: la gestione dei casi problematici; la canalizzazione preventiva e il riorientamento della condotta; l'allocazione di autorità e l'organizzazione di procedure che legittimino l'azione dotata di autorità; l'organizzazione compositiva del gruppo o della società come un insieme che impartisca un indirizzo e offra incentivi. Questo, assieme a un ulteriore compito, quello del metodo giuridico, è l'elenco fornito e discusso da K.N. LLEWELLYN in *Il normativo*, cit., 47 ss. Tornerà sull'elenco e lo modificherà in scritti successivi, senza che però tali modifiche apportino alcunché di rilevante.

in altri contesti. Alcuni contesti o gruppi potranno far ricorso a ordalie e faide, altri a sciamani e rituali di purificazione, altri ancora a parlamenti e tribunali – ma tutti questi contesti o gruppi, se vogliono persistere, devono provvedere a ciò che il termine ‘compiti del diritto’ sintetizza.

Tanto diffuso il fenomeno giuridico, però, quanto specialistico il giuridico come tipo di attività, che per Llewellyn – è bene insistere sul punto – non coincide col fenomeno dell’organizzazione *tout court*. Il giuridico rimane infatti un ambito specializzato della vita pratica di un gruppo, che può specializzarsi sempre più, sino a diventare particolarmente complesso e a richiedere saperi specialistici e personale dedicato. Ogni gruppo, persino quelli composti di sole due persone, produce regolarità e da queste trae modelli comportamentali, che egli definisce «generalizzazioni normative», ovvero standard di condotta generalizzati, validi per l’intero gruppo. Le generalizzazioni normative si affermano come dotate di forza obbligatoria in fase di risoluzione dei conflitti interni al gruppo, quando le procedure di superamento delle controversie non solo risolvono conflitti particolari ma generano standard di riferimento, capaci di affermarsi come dotati di autorità. Il diritto, in questo quadro ricostruttivo, non è un qualsiasi insieme di generalizzazioni normative, che potrebbero riguardare i più diversi ambiti della vita di un gruppo; è bensì l’insieme delle generalizzazioni normative specificamente deputate a risolvere i conflitti, assieme alle tecniche e ai saperi che la risoluzione dei conflitti presuppone. In effetti, il caso conflittuale, che determina un momento di rottura, è produttivo di quelle che Llewellyn chiama «tecniche» e «tecnologie»¹⁷, ovvero strumenti che consentono l’articolazione di una prassi e la riflessione relativa all’uso di questi strumenti entro la prassi. ‘Tecniche e saperi’ nati da un esercizio di riflessività necessario per articolare in modo riflessivo la pratica e portarla così in vita come pratica dotata di sapere.

¹⁷ Per una lettura assai più scettica circa il riferimento llewellyniano alle tecniche, si vedano G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962; M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford, 1992, 181 ss.; C. FARALLI, *L’eredità del realismo giuridico americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36, 2006, 119-126.

In sintesi, il diritto, a un tempo ubiquo e specialistico, sorge in ogni interstizio della vita pratica umana, che consta di un numero ampio di regolarità, le quali, senza mediazione riflessiva, danno luogo a differenti contesti normativi. Il dato di partenza dell'esperienza pratica umana è il comportamento abituale, che si ripete in modo non mediato né meditato. L'esistenza di un singolo individuo si svolge entro un vasto numero di contesti pratici – quelli che Romano definisce «istituzioni» – in molti dei quali non si determina quello sforzo riflessivo di 'pensarsi come' contesti normativi dotati di organizzazione interna (l'autore fa l'esempio di una giovane coppia alle prese con la cena o della celebrazione del Natale in famiglia)¹⁸. I comportamenti reiterati hanno forte valenza normativa, ma questa rimane inespressa: c'è quello che Llewellyn chiama giuridico «emergente» o «potenziale», cioè che manca dell'esercizio riflessivo per affermarsi come giuridico. La stilla del giuridico espresso e verbalizzato è invece l'infrazione: il novello sposo rientra tardi a cena, la nonna impartisce ai nipoti un ordine che il genero disapprova. Dinanzi alla rottura di un comportamento regolare, sedimentato come prassi irriflessa, si determina quello scompiglio che richiede una presa in carico.

Ma come da questo giuridico diffuso si arriva al Giuridico? Secondo Llewellyn, quando il diritto interno ai diversi gruppi non riesce a porre riparo ai conflitti intestini, subentra un sapere ancora più specialistico, che eccede i singoli gruppi compresenti in un dato contesto geo-storico.

¹⁸ Questi i riferimenti ai passaggi di Llewellyn: «Questo tipo di generalizzazioni normative socialmente rilevanti inerisce all'originario e perdurante processo di affioramento dalla vita concreta di un qualsiasi gruppo – che si tratti di un fresco sposo che per la prima volta si presenta tardi a cena o di una forza di polizia che scopre di non essere autorizzata a scioperare. Questo comportamento interconnesso, non importa come venga in essere, produce, e in eterno continua a produrre, una direttrice di generalizzazione normativa; e lo fa in quantità significativa (quanto a frequenza, regolarità e similarità tra le varie persone interessate), al punto tale che essa acquisisce una notevole probabilità di essere accettata dalla Totalità interessata» (K.N. LLEWELLYN, *Il normativo*, cit., 27); «Non c'è questione giurisdizionale di natura costituzionale più spinosa e problematica di quella in cui ci si trova quando il Natale si festeggia a casa della nonna, la nonna dice di scartare i regali, il padre pensa che i figli siano fuori controllo e la nonna non è sua madre» (K. N. LLEWELLYN, *Il normativo*, cit., 67).

Quello che per il giurista statunitense porta dal diritto (sapere tecnico rimediabile a bassa specializzazione) al Diritto (sapere tecnico ad ampio raggio e alta specializzazione) è l'incremento dell'aspetto imperativo e autoritativo del «personale» che gestisce il sapere giuridico e la capacità tecnico-tecnologica di intervenire sulle dinamiche interne di un numero ampio di pratiche entro lo stesso contesto geo-storico. Il Diritto si caratterizza per il progressivo affinamento del «metodo giuridico», che per Llewellyn costituisce l'aspetto più decisivo del fenomeno giuridico.

Questa proposta teorica consente così di dipanare un nodo con cui l'istituzionalismo classico ha saputo fare i conti solo in parte, ossia come mai le istituzioni, che nascono quale formalizzazione di pratiche specifiche, finiscano (almeno per larga parte e in moltissimi contesti geo-storici) col riconoscere la giurisdizione superiore di un'istituzione altra, ovvero il Diritto. Per i sostenitori dell'istituzionalismo giuridico 'sostantivo' (come ad esempio il Carl Schmitt degli anni Trenta¹⁹), che disconoscono la giuridicità delle istituzioni sub-statali e considerano lo Stato come entità politica sovrana, il problema non va neppure sollevato – anzi, il problema stesso si fa spia di una incrinatura nella presa dello Stato sul sociale. Di contro, per coloro che, come Romano e Llewellyn, conferiscono alle pratiche umane una innata capacità di sviluppare il giuridico tutto interno, la questione rimane spinosa. Se, come ho provato a illustrare sopra, la posizione di Romano è difendibile ma fumosa, quella di Llewellyn, invece, coerente con l'architettura concettuale ricostruita in questo paragrafo, potrebbe integrare in modo importante il prospettivismo giuridico dell'autore italiano. Credo sia opportuno distinguerla in due articolazioni maggiori.

Quando tentano di porre rimedio ai conflitti interni, i singoli gruppi possono appunto sviluppare quella serie di tecniche e saperi con cui gli attori operano sulle pratiche a fini riparativi, da un canto, e di produzione di norme generalizzate, dall'altro. Da questi elementi viene emergendo il loro diritto interno. Tuttavia, due condizioni possono far emergere un tipo di esigenza che il singolo gruppo costitutivamente non riesce a soddisfare: quella in cui l'attività riparativa all'interno del gruppo fallisce

¹⁹ Su tutto, v. C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, trad. it., Torino, 2002.

oppure quella in cui scoppiano conflitti tra gruppi. Si manifesta allora la necessità di un ulteriore livello, un livello terzo, un sapere ulteriore con tecniche ulteriori, che svolga gli stessi compiti del diritto interno ai gruppi – soluzione dei conflitti e normazione – ma in modo specifico e dedicato, vale a dire *'specialistico'*. Il diritto, in tale frangente, si fa Diritto, mentre i contenuti del Giuridico si fanno più specializzati rispetto ai contenuti del giuridico interno ai vari gruppi. La caratteristica primaria del Diritto, dunque, è la sua specialità, il suo esclusivo impegno nell'assolvere i compiti del diritto, da cui poi si genera il 'metodo giuridico', ovvero la 'tecnologia' che mette a tema le 'tecniche' di riparazione, di normazione, di allocazione dei poteri e quelle per imprimere la spinta a formare un'unità. Nel caso del Diritto, data la sua specializzazione esclusiva, il quarto compito del diritto, quello relativo alla spinta a formare e mantenere l'unità complessiva, non concerne un singolo gruppo, ma si traduce in un tentativo di comporre le diverse istituzioni entro un quadro comune e unitario, nel cui perimetro si possa ripartire il lavoro d'integrazione sociale in modo fluido ed equilibrato – e Llewellyn sa bene che il Diritto non può svolgere un'impresa da sé tanto impegnativa, ma deve condividere gli oneri con molti altri ambiti di azione e di sapere. Entro questo quadro, Llewellyn approda a un istituzionalismo di tipo 'pragmatista', perché lega le istituzioni a contesti pratici prodotti dagli attori con strumenti ideati dagli attori.

Ma questa soluzione ha un punto di forza che è al contempo un punto cieco: l'elezione del sapere giuridico e dell'attività dei giuristi ad architrave di un sociale allargato. In effetti, come Romano, Llewellyn attribuisce un ruolo centrale agli specialisti, coloro cioè che padroneggiano il sapere necessario per un corretto utilizzo delle tecniche e dei saperi giuridici. E, come Romano, questo lo induce ad abbracciare una visione troppo irenica del diritto (e in special modo del Diritto) come pratica in grado di porre limiti a sé stessa, di dotarsi di una tradizione capace di servire da canone inequivoco e flessibile a un tempo. Llewellyn parla come se la giustizia 'ingiusta' (quella che si fa troppo formalistica, che «legnosamente» pretende di risolvere tutti i casi in modo omogeneo, derivante in modo sillogistico dalla legge) fosse la conseguenza dell'azione di singoli giudici che sbagliano. In tal modo, egli

affida al diritto un compito affatto ingrato, là dove è chiamato a rimediare, a ordinare, a comporre, e a fare tutto questo con soddisfazione della «totalità interessata». Ma questo difetto non compromette uno degli esiti più rilevanti della teoria qui sintetizzata, ovvero il richiamo a ripensare il mestiere del giurista, che almeno in parte deve contaminarsi con quello dell'etnografo. Scrivere una legge (del Diritto) relativa a una certa pratica o risolvere un caso (nelle Corti statali) sollevatosi entro un certo gruppo presuppone la conoscenza dei saperi locali prodotti da quella pratica o quel gruppo, da ricostruirsi mediante le tecniche impiegati dai singoli attori. Il giurista-etnografo deve poter sapere cosa entro quei contesti pratici non ha funzionato, quali esigenze siano state disattese, come mai il diritto interno a quella pratica o a quel gruppo non sia stato capace di risolvere la questione.

4. *Conclusion*

Questa quindi la soluzione condivisa da Romano e Llewellyn circa la possibile distinzione del sociale dal giuridico: una progressiva specializzazione che si dota di un sapere il cui padroneggiamento richiede formazione, esercizio, perizia. Ma questi tratti non bastano. Proprio in un quadro di progressiva specializzazione da un materiale comune, lo specialista del Giuridico deve fare massimo uso della capacità (tutta etnografica) di individuare gli indirizzi normativi rilevanti, che possano garantire il massimo di componibilità tra i gruppi esistenti. Mi si permetta qui una citazione lunga ma assai più eloquente di qualsiasi considerazione di chi scrive:

Ma a quali segni si può riconoscere il vero giurista? Non è agevole rispondere. Egli [...] deve avere occhio capace di dominare e scrutare nei minimi particolari un orizzonte quasi sconfinato e, comunque, più largo e mutevole di quelli che si offrono alla vista dei cultori di tante altre discipline. Questo orizzonte è quello dell'intera vita sociale, che è così varia e proteiforme, della quale nessun rapporto o fenomeno può da lui essere trascurato a priori, giacché quelli che hanno interesse per il diritto sono nella realtà fusi e mescolati con altri che di tale interesse possono mancare, e il compito preliminare del

giurista è quello, delicatissimo, di *isolare e sceverare i primi dai secondi, distinguendoli e sciogliendo il loro amalgama*. Anche per complessità, il suo regno sovrasta a quello che è proprio delle scienze naturalistiche. E, in certo senso, è persino più vasto e accidentato dei domini della pura scienza dello spirito, cioè della filosofia, in quanto non è relegato in un mondo che non ha né tempo né spazio e vive nell'assoluto, ma è nel 'secolo', si muove nella più mutevole relatività e, pure avendo essenza spirituale, incide profondamente anche nel mondo della materia. Il giurista, in conseguenza, deve riunire in sé le doti più varie e anche antitetiche, che è difficile si trovino assieme nella stessa persona.²⁰

Un chiaro rimando alla capacità del giurista – o meglio, da Romano assegnata a un giurista pensato come chiave di volta dell'organizzazione sociale in senso ampio – di individuare quel che nelle spire della vita ordinaria rileva come decisivo per l'esistenza di una comunità politica. Il diritto – quello che Llewellyn distingue graficamente con lettera maiuscola – è quindi un'opera di accorta selezione delle linee portanti delle varie istituzioni che si trovano a convivere in una stessa condizione geo-storica. Quale corrispettivo teorico, come accennavo nel paragrafo introduttivo, ne deriva una concezione della società come messe caotica di gruppi o istituzioni, su cui il diritto opera con effetti che non possono non dirsi 'performativi'. L'attività che conduce dal giuridico al Giuridico, infatti, è, come sia Romano sia Llewellyn affermano a più riprese, anche una perimetrazione del campo su cui il diritto insiste, se è vero che questo è al contempo una tecnica selettiva, che individua rapporti o fenomeni «che hanno interesse per il diritto» e che si chiede al giurista di «isolare e sceverare [...], distinguendoli e sciogliendo il loro amalgama».

Per questo, non esiste alcuna incompatibilità tra un pluralismo radicale, che colloca il fenomeno organizzativo nei luoghi più minuti della socialità, e l'idea che via via la specializzazione dell'ambito giuridico imprima una forma al sociale, una forma che non gli appartiene per natura. Non esiste alcuna incompatibilità tra l'idea di società come entità

²⁰ S. ROMANO, *Frammenti*, cit., 145 (corsivo aggiunto). Un articolo che problematizza in modo molto intelligente il ruolo dei giuristi nel pensiero di Romano è M. DOGLIANI, *La fortuna della teoria romaniana dell'ordinamento nelle varie aree disciplinari: diritto costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 3, 2018, 873-904.

frutto di astrazione da differenze concrete, che di fatto vietano di pensare a totalità sociali onnicomprensive, e un'operatività giuridica che getta le basi per una composizione sempre possibile. Da una parte, Llewellyn scrive con esplicita radicalità: «Di certo, in una società complessa, non si sfugge a questo fatto: la delimitazione di 'un interesse', 'un gruppo', 'un'istituzione' è un'astrazione artificiale da una congerie di fenomeni complessi e concreti; né si sfugge al fatto correlativo: i confini tracciati saranno sempre indifendibili se non quando diventano utili e significativi a un certo scopo»²¹. Dall'altra, però, e *pour cause*, egli avanza una tesi tanto estrema in un paragrafo in cui passa in rassegna l'identità di fatto tra la costituzione materiale di un Paese e le pratiche, le attitudini e le credenze degli specialisti. Questo perché l'edificazione di una piattaforma in cui i gruppi organizzati possano comporsi in forme stabili, benché sempre transitorie e precarie, sia per Romano sia per Llewellyn, è un artificio reso possibile dal tipo di sapere che definiscono 'giuridico' e che è rimesso al ceto che lo ha in custodia.

ABSTRACT

L'istituzionalismo giuridico classico si misurò sin dai suoi esordi col problema del confine tra la normatività sociale e quella giuridica. Rimossa quella che i suoi sostenitori consideravano una scelta ideologica, vale a dire, quella di legare a doppio filo diritto e Stato, la difficoltà più insidiosa concerneva una definizione dei caratteri distintivi del diritto che non presupponesse la sua primazia normativa. Il presente articolo discute le proposte di Santi Romano e di Karl Llewellyn per mostrare come questi due grandi giuristi furono capaci di conciliare il pluralismo più radicale con un'idea del diritto come insieme di tecniche e saperi. Il diritto non può distinguersi in base a proprietà intrinseche, bensì alla luce di ciò che fa nei contesti in cui opera. Ne emerge una

²¹ K.N. LLEWELLYN, *The Constitution as an Institution*, in *Columbia Law Review*, 34, 1934, 1-40, in part. 21.

teoria del diritto come processo, che attribuisce massima rilevanza ai custodi del suo sapere.

Classical legal institutionalism grappled with the problem of the boundary between social and legal normativity from inception. Once its advocates did away with what they viewed as a bias, that is, the (alleged) intrinsic tie between the law and the state, the most insidious difficulty had to do with a definition of the distinctive features of law that did not presuppose its normative supremacy. This article discusses Santi Romano's and Karl Llewellyn's proposals to show how these two great jurists successfully reconciled the most radical pluralism with an idea of law as a set of techniques and knowledge. Law cannot be distinguished based on intrinsic properties, but in the light of what it does in the contexts in which it operates. What emerges is a theory of law as a process, which attaches particular importance to the custodians of its knowledge.

PAROLE CHIAVE

Istituzione, Romano, Llewellyn, normatività

Institution, Romano, Llewellyn, normativity

MARIANO CROCE

Email: mariano.croce@uniroma1.it

